



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Botassi, Carlos

Fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho
argentino

Derecho PUCP, núm. 67, julio-noviembre, 2011, pp. 469-486

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656148023>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho argentino

Legal basis of public non contractual liability
on Argentinean Law

CARLOS BOTASSI*

Resumen: En la República Argentina, el dogma de la irresponsabilidad extracontractual del Estado recién fue abandonado en 1933, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el caso «Tomás Devoto y Cía.».

Tanto la doctrina como la jurisprudencia del referido Tribunal fundamentaron la obligación oficial de reparar los daños causados con su actividad lícita o ilícita, en las teorías sobre el deber de reparar los daños causados por los dependientes, la deficiente prestación de los servicios públicos y la expropiación.

Existe actualmente un gran desarrollo de la responsabilidad estatal, aunque, debido a las leyes de emergencia y consolidación de deudas, una vez obtenida una sentencia de condena contra el Fisco, cabe hacer efectiva la solución del grave problema.

Palabras clave: Estado – Argentina – responsabilidad extracontractual

Abstract: In Argentine the dogma of public non-contractual lack of responsibility (liability) was just abandoned in 1933 when the Supreme Court of Justice issued a decision in «Tomás Devoto y Cía.» case.

Both doctrine and case law from referred Court established the official obligation to repair damages caused by public licit or illicit activity; this obligation is based on theories about duty to repair damages caused by employees, poor public services and/or expropriation.

Today there is a great development of public responsibility, although, due to emergency laws and debt consolidation, after obtaining conviction against public treasury, it is necessary to address the serious problem of executing the sentence.

Key words: State – Argentine – non contractual liability

* Es abogado y doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, además de director de la carrera de postgrado de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Asimismo, es presidente de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo y vicepresidente de la Asociación Italo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo. Correo electrónico: carlosbotassi@speedy.com.ar.

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.– I. DOCTRINA.– I.1. DERECHO CIVIL.– I.2. TEORÍAS PROPIAS DEL DERECHO PÚBLICO.– I.2.1. FALTA DE SERVICIO.– I.2.2. TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.– I.2.3. TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.– I.2.4. TEORÍA DE LA IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS.– I.2.5. TEORÍA DE LA EXPROPIACIÓN.– I.2.6. TEORÍA DEL ASEGURAMIENTO GENERAL.– II. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.– II.1. RESPONSABILIDAD POR LOS HECHOS DE LOS DEPENDIENTES (INDIRECTA Y SUBJETIVA).– II.1.1. S. A. TOMÁS DEVOTO Y CÍA. C/ GOBIERNO NACIONAL (22 DE SEPTIEMBRE DE 1933, FALLOS T. 169 P. 111).– II.1.2. SERU, LILIANA C/ PROV. DE BUENOS AIRES (28 DE JULIO DE 1978, FALLOS T. 300 P. 867).– II.2. RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO IRREGULAR DE FUNCIONES PÚBLICAS O «FALTA DE SERVICIO» (DIRECTA Y OBJETIVA).– II.2.1. FERROCARRIL OESTE DE BUENOS AIRES C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES (3 DE OCTUBRE DE 1938, FALLOS T. 182 P. 5).– II.2.2. VADELL, JORGE F. C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES (18 DE DICIEMBRE DE 1984, FALLOS T. 306 P. 2030).– II.2.3. TARNOPOLSKY, DANIEL C/ ESTADO NACIONAL (31 DE AGOSTO DE 1999, FALLOS T. 322 P. 1888).– II.2.4. IZAURRALDE, ROQUE R. C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES (31 DE AGOSTO DE 1999, FALLOS T. 322 P. 2002).– II.2.5. BEA, HÉCTOR Y OTRO C/ ESTADO NACIONAL (31 DE AGOSTO DE 2010, JURISPRUDENCIA ARGENTINA, 2011-I-323).– II.3. RESPONSABILIDAD POR APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA EXPROPIACIÓN.– II.3.1. CANTÓN, MARIO C/ GOBIERNO NACIONAL (15 DE MAYO DE 1979 FALLOS T. 301, P. 403).– II.3.2. MOTOR ONCE S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (9 DE MAYO DE 1989).– III. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

No existe en la República Argentina una ley de responsabilidad del Estado de la cual extraer sus fundamentos. Tampoco la Constitución Federal hace expresa referencia a la cuestión y a las constituciones provinciales que consagran esa responsabilidad: o no explican las razones de esta¹, o hacen alusión a la negligencia con que se condujo el agente causante del daño², o refieren la ilicitud de su conducta³. Debido a esta orfandad normativa, la construcción dogmática justificativa de la responsabilidad extracontractual del Estado ha sido asumida con rigor y éxito por la doctrina y la jurisprudencia.

Al igual que lo acontecido en materia de responsabilidad civil del Derecho privado—donde la situación de la víctima se ha visto mejorada

1 Constitución de Río Negro (1988), artículo 55: «La Provincia y los municipios son responsables por sí y por los actos de sus agentes realizados con motivo o en ejercicio de sus funciones».

2 Véase, por ejemplo, la Constitución del Chaco (1957, ref. 1994), artículo 72: «La Provincia y sus agentes son responsables del daño que éstos causaren a terceros por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones». Asimismo, véase la Constitución de La Rioja (1998), artículo 48: «La Provincia es solidariamente responsable con sus agentes cuando estos causaren daños a terceros por mal desempeño de sus funciones».

3 Es el caso de la Constitución de Santa Fe (1962), artículo 18: «En la esfera del derecho público la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen».

al introducirse mecanismos de responsabilidad sin culpa y de técnicas de inversión de la carga de la prueba— en nuestra materia, el camino recorrido ha sido en el sentido de ensanchar la responsabilidad estatal. Como contrapartida, el constante déficit del presupuesto, el cíclico *default* y la sucesión infinita de leyes de emergencia, convierten a la ejecución de la sentencia de condena en una «tarea de titanes»⁴.

El soporte jurídico de la obligación de indemnizar no solo no ha sido el mismo a través de los años, sino que ha sufrido mutaciones muy significativas. Esta es la razón por la cual la identificación y el análisis de las reglas y los principios —que invocan los abogados en sus escritos y citan los jueces en sus sentencias— imponen un enfoque axiológico que reconoce como injusta la no reparación de los perjuicios, pero no desdeña los avatares históricos y las particularidades de una casuística infinita.

Conviene recordar que en Argentina la responsabilidad contractual del Estado siempre fue admitida. Las razones fueron de índole jurídica y práctica. En el primer sentido cabe recordar que existen disposiciones —en el Código Civil y en las leyes específicas— que regulan las contrataciones públicas y que imponen el deber de cumplir los acuerdos como a la ley misma. Por otra parte, de no existir el deber de reparar las consecuencias dañosas del incumplimiento nadie hubiera contratado con el Estado, con lo que se hubieran generado complicaciones insalvables en el desempeño de sus funciones.

La negación inicial de la responsabilidad estatal quedó relegada al ámbito extracontractual prolongándose hasta la tercera década del siglo XX.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se instaló definitivamente en 1863, ya que el proceso de organización nacional recién quedó consolidado en 1860⁵. Al poco tiempo, exactamente el 29 de septiembre de 1864, el Alto Tribunal dictó sentencia en la causa Seste, Vicente y Seguich, Antonio c/ Gobierno Nacional⁶, en la cual los accionantes solicitaban el pago de una indemnización por haber sido retenidos por un mayor tiempo del debido en el servicio militar. La demanda fue rechazada de manera rotunda, con lo que se negaba enfáticamente que un Estado donde impera la soberanía pueda ser condenado a indemnizar los daños ocasionados por sus autoridades. En el fondo se trasladaba a la autoridad de origen popular la infalibilidad pregonada en la Edad Media respecto del monarca. «La máxima que el Rey no puede causar el mal,

4 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo*. Novena edición. Tomo II. Buenos Aires: FDA, 2009, p. 7-10.

5 Antes de ello, el 29 de septiembre de 1859, cuando el Estado de Buenos Aires era soberano y todavía no se había sumado a la Confederación, esta sancionó la Ley 224, cuyo único artículo operativo dispuso: «La Confederación Argentina desde la instalación de su gobierno constitucional no reconoce derecho a indemnización a favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país». No tenemos noticia de la existencia de sentencia alguna dictada con invocación de esta norma.

6 Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante «fallos»), t. 1 p. 317.

significa que el Rey es perfecto e infalible como el mismo Dios que lo designa, colocándose fuera del ordenamiento jurídico vigente, y resulta adoptada para justificar todos sus actos, porque aquello que el Rey hace, en su perfección, se presume siempre justo y necesario»⁷.

Si bien la irresponsabilidad era la regla general, no faltaron excepciones. Relata Bullrich⁸ que existe un caso del año 1910 en el cual la corte admitió la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional. Se trató de un accidente fatal sufrido por un operario de la aduana, a causa de la rotura de una cuerda que liberó un fardo que lo golpeó. El tribunal aplicó una norma que resolvía expresamente la cuestión al disponer que «en todos los casos de servicios de la grúa, las lingadas serán hechas por los interesados, y cualquier rotura o accidente que por tal causa se produjera, será de cuenta de los mismos», según el artículo 10 de la ley 4932⁹.

Excepto ese caso aislado, la doctrina de la Corte Nacional fue contraria al reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado hasta el año 1933, cuando —como veremos— el Alto Tribunal sentenció la causa «Tomás Devoto y Cía.». Originariamente, la corte había adoptado la tesis anglosajona de la infalibilidad del soberano, a la que reemplazó a partir del 1 de enero de 1871 —cuando entró en vigencia el Código Civil— por el principio consagratorio de la imposibilidad de atribuir a las personas jurídicas las consecuencias de la conducta de sus funcionarios. El sustento de ese dogma fue el artículo 43 de dicho código, en tanto dispuso que «no se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometidos delitos que redunden en beneficio de ellas»¹⁰.

I. DOCTRINA

Con la tesis de la irresponsabilidad del Estado en franca retirada recién comenzado el siglo XX, las obras generales de Derecho administrativo —y, en mayor medida, claro está, los trabajos específicos sobre la materia— se esforzaron en hallar los fundamentos de la obligación oficial de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por una autoridad pública cada vez más presente en la vida de los ciudadanos y —por añadidura— cada vez más proclive a afectar sus patrimonios.

7 Rizzo, Giambattista. *La responsabilità regia e le deposizioni dei re inglesi*. Milán: Giuffrè, 1939, p. 164.

8 BULLRICH, Rodolfo. *La responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Jesús Menéndez, 1920, p. 205. Esta obra es la primera íntegramente dedicada a la responsabilidad del Estado que se publicó en la Argentina (mayo de 1920). Su autor asumió como profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata unos meses más tarde, en septiembre de 1920.

9 Causa «Manuela M. de Monteagudo c/ Estado Nacional», abril de 1910.

10 El texto del artículo 43 del C.C. fue reemplazado en el año 1971 por la norma opuesta y hoy reza: «Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones».

Los abordajes fueron diversos. Algunos autores clasificaron los fundamentos según la rama del Derecho de la cual provinieran, otros cargaron las tintas sobre la manera indirecta o directa con que se generaba la obligación de indemnizar, pero la mayoría realizó un inventario de los principios generales del Derecho que aportaban su sustento para terminar con la regla de la irresponsabilidad que chocaba con el más elemental sentido de justicia.

1.1. Derecho civil

El Derecho de daños en general, común a todas las ramas del Derecho, reconoce su origen en el Derecho romano (siglo I a. C.), imputándose las consecuencias dañosas del mal desempeño de las autoridades en forma personal al funcionario y nunca al *populus romanus* o al *municipes*. Este reconocimiento de la responsabilidad del *magistrato* fue fundamental en la evolución hacia una responsabilidad de Derecho público, porque hizo que modernamente se fundara la responsabilidad estatal debido a la condición de dependiente del funcionario o empleado (responsabilidad indirecta), o a su condición de órgano del Estado (responsabilidad directa)¹¹. Todavía hoy, en muchos países, se alude a la «responsabilidad civil del Estado» o a la «responsabilidad civil de la administración pública».

En Argentina, superado el dogma de la irresponsabilidad del Estado, los primeros fundamentos descriptos por los autores fueron extraídos de las reglas y principios del Derecho civil. El código de la materia, vigente a partir del 1 de enero de 1871, contiene un afiatado sistema de derecho de daños¹² que, *mutatis mutandi*, se consideró aplicable en materia de responsabilidad de las personas jurídicas públicas. Especialmente, su artículo 1112 —por entonces interpretado como referido a la responsabilidad personal del funcionario— y su artículo 1113 —que consagra la responsabilidad por la conducta de los dependientes—. Este último reconocía como fuente al artículo 1384 del Código Napoleón, cuyos primeros comentaristas (Marcadé, Demolombe, Aubry y Rau) lo consideraron aplicable al Estado¹³.

Algunos autores señalan que en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado no existe una diferencia absoluta entre el Derecho público y el Derecho privado, con lo que se consideran

11 TRISCIUOGGIO, Andrea. «Le radici romanistiche della responsabilità: aspetti della responsabilità civile e amministrativa del magistrato nell' esperienza romana». En VV.AA. *Responsabilità civile e amministrazione: uno studio comparato*. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2011.

12 Libro segundo: «De los derechos personales en las relaciones civiles»; sección segunda: «De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones»; títulos VIII («De los actos ilícitos») y IX («De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos»).

13 REIRIZ, María Graciela. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: EUDEBA, 1969, p. 19.

plenamente aplicable a nuestra materia las disposiciones del Código Civil sobre el Derecho de daños¹⁴. Por nuestra parte, nos adherimos a las ideas de Fiorini, para quien las teorías civilistas que basan la responsabilidad en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* resultan inaplicables al Estado, de manera que lo mencionado convierte en una ficción absurda, al no ser posible vigilar a agentes que ni siquiera están dentro de sus fronteras —como los diplomáticos destacados en el exterior— y debido a que, en ocasiones, la elección del empleado que ocasiona el daño se produce después de un riguroso concurso. Debido a ello, «los principios y las instituciones civiles no pueden servir para la comprensión del problema de la responsabilidad estatal», con lo que debe orientarse la cuestión hacia el análisis de la conducta de órganos y no de los agentes¹⁵.

Demostrando su peculiaridad, alejada del Derecho de daños propio de las relaciones entre particulares, el proyecto de Código Civil de 1998 contiene una norma específica de Derecho público, consagratoria de un sistema de responsabilidad objetiva, por falta de servicio: «Con los alcances del artículo anterior¹⁶, el Estado responde de los daños causados por el ejercicio irregular de la actividad de sus funcionarios o empleados, mediante acciones u omisiones, sin que sea necesario identificar al autor», dicta el artículo 1675.

Pareciera que el tránsito desde el dogma de la irresponsabilidad hasta llegar a la responsabilidad plena, directa y objetiva —sustentada en reglas y principios del Derecho público— fue una característica generalizada en la evolución de la ciencia jurídica, ya que —como lo recuerda Diez¹⁷— también se produjo en Francia¹⁸, España¹⁹ e Italia²⁰,

14 BARRA, Rodolfo Carlos. «Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos». En *El Derecho*. Tomo 142, p. 93.

15 FIORINI, Bartolomé. *Manual de Derecho administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 1968, pp. 1102 y 1107.

16 Proyecto C.C. 1998, artículo 1674: «La persona jurídica responde por los hechos de quienes las dirigen o administran, realizados en ejercicio o con ocasión de sus funciones».

17 DIEZ, Manuel María. *Derecho administrativo*. Tomo V. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971, pp. 38 y siguientes. La uniformidad de criterios adquiere particular relevancia en los sistemas de integración regional, como se destaca en: COBREROS MENDAZONA, Eduardo. *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*. Madrid: IVAP – Civitas, 1995, especialmente pp. 22, 27, 33 y 39, recordando que el artículo 215 del Tratado de la Unión Europea dispone que «En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los años causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros».

18 RIVERO, Jean y Jean WALINE. *Droit administratif*. París: Dalloz, 1996, pp. 237 y siguientes, donde se explica que la responsabilidad del Estado fue inicialmente admitida con apoyo en el artículo 1382 del Código Civil para, posteriormente, ser considerada una responsabilidad autónoma, derogatoria del derecho común (p. 240).

19 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Segunda edición. Madrid: Civitas, 2000, p. 42; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho administrativo*. Primera edición argentina. Buenos Aires: Thomson, 2006, p. 368.

20 GRECO, Guido. «La responsabilità civile dell' Amministrazione e dei suoi agenti». En VV.AA., *Diritto Administrativo*. Cuarta edición. Bologna: Monduzzi, 2005, p. 904; CASSETTA, Elio. *Manuale di Diritto Administrativo*. Octava edición. Milán: Giuffrè, 2006, p. 599.

al igual que en Brasil²¹, Chile²², Colombia²³, Costa Rica²⁴, Perú²⁵ y Uruguay²⁶, mientras que en Venezuela se aplica indistintamente el Código Civil cuando se trata de responsabilidad con imputación de culpa del funcionario y de normas de Derecho administrativo en caso de daños causados por actuaciones lícitas²⁷.

1.2. Teorías propias del Derecho público

Siguiendo las aguas del Derecho francés, que a partir del célebre caso «Blanco» de 1873 había postulado la necesidad de fundamentar la responsabilidad del Estado en reglas positivas y principios de Derecho público, Bielsa²⁸ consideró inaplicables a nuestra materia las disposiciones del Código Civil ya que, frente a lo establecido en sus artículos 36 y 43 (texto originario de 1871)²⁹, no entendía posible hacer recaer sobre las personas jurídicas la consecuencias de las acciones extrañas al mandato que fueran llevadas a cabo por sus representantes.

1.2.1. Falta de servicio

Comentando el caso «Ferrocarril Oeste contra Provincia de Buenos Aires» —sobre el que volveré más adelante—, Spota celebró que la Corte

FUNDAMENTOS
JURÍDICOS DE LA
RESPONSABILIDAD
EXTRA-
CONTRACTUAL
DEL ESTADO EN EL
DERECHO
ARGENTINO

LEGAL BASIS OF
PUBLIC NON
CONTRACTUAL
LIABILITY ON
ARGENTINEAN LAW

21 LOPES MEIRELLES, Hely. «Direito Administrativo Brasileiro». *Revista dos Tribunais*. Decimosexta edición, 1991, pp. 549 y siguientes.; VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. *Curso de Direito Administrativo*. Séptima edición. Sao Paulo: Malheiros, 2003, p. 267; COELHO MOTTA, Carlos. *Curso prático de Direito Administrativo*. Segunda edición. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 215 y siguientes; BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Vigésimo primera edición. Sao Paulo: Malheiros, 2006, p. 952; DE ARAÚJO WILLEMANN, Flavio y Fernando BARBALHO MARTINS. *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 189 y siguientes.

22 SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho administrativo. Bases fundamentales*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 267 y siguientes, donde se relata: «Es un hecho —y no deja de ser una paradoja— que la responsabilidad del Estado, sea indirectamente (disfrazada, como a través del artificio del Fisco), sea directamente, ha nacido en algunos países bajo la invocación del Derecho Privado (por ejemplo Francia, Argentina), y de allí que la responsabilidad del Estado/Administración haya podido más fácilmente ser admitida (pues los particulares también administran) no así por sus actividades legislativa y judicial (ya que los particulares no legislan ni juzgan al modo como lo hace el Estado)» (p. 267).

23 BARRERA MUÑOZ, William. «La responsabilidad de la administración pública en el Derecho colombiano». En VV.AA. *Responsabilidad de la administración pública. Un estudio comparado*.

24 MILANO S., Aldo. «Derecho administrativo costarricense». En González Varas Ibáñez (director). *El Derecho administrativo iberoamericano*. Granada: INAP-UIIM, 2005, pp. 309 y siguientes, donde se expone que en el año 2004 el Tribunal Constitucional dispuso que el principio de responsabilidad estatal tiene fundamento constitucional ya que «puede ser inferido a partir de una interpretación sistemática y contextual de varios preceptos, principios y valores constitucionales» (p. 309).

25 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «Panorama general del Derecho administrativo en el Perú». En Santiago González Varas Ibáñez (director). *El Derecho administrativo iberoamericano*. Granada: INAP-UIIM, 2005, pp. 623 y siguientes.

26 DELPIAZZO, Carlos. «Panorama general del Derecho administrativo uruguayo». En Santiago González Varas Ibáñez (director). Ob. cit., pp. 727 y siguientes.

27 BREWER-CARÍAS, Allan. *Derecho administrativo*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia y Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 125.

28 BIELSA, Rafael. *Responsabilidad del Estado como poder administrador* (nota al fallo «Tomás Devoto y Cía.» del 22.9.1933). *Jurisprudencia Argentina* t. 47 (1933) p. 416.

29 Código Civil, artículo 36: «Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios». A su vez, artículo 43 (redacción original, hoy reemplazada): «No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas».

Nacional abandonara la tesis de que las personas jurídicas no respondían por las acciones de sus autoridades y empleados, e invocó el deber de prestar regularmente los servicios públicos, al destacar que «la influencia moralizadora que tal sentencia tendrá en nuestra administración pública es indudable: esta última debe vivir dentro de los marcos jurídicos que ella misma ha trazado para todos los habitantes»³⁰.

Si se desconoce el deber de prestar el servicio público —y las funciones estatales en general—, el agente público compromete la responsabilidad del Estado, ya que representa su voluntad —toda vez que se trata de un órgano del mismo—.

1.2.2. Teoría del enriquecimiento sin causa

Bajo ciertas circunstancias, tolerar que el Estado no compense los daños ocasionados a sus ciudadanos equivale a autorizar su enriquecimiento sin causa.

Sin embargo, esta teoría resulta insuficiente, ya que existen supuestos de daños que empobrecen a la víctima y, sin embargo, no aumentan el patrimonio público³¹.

1.2.3. Teoría de los derechos adquiridos

La Constitución Nacional protege intensamente el derecho de propiedad privada, a la vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene decidido que el dominio personal de cosas y bienes es un derecho humano esencial³².

Por vía de principio, ni la administración ni el legislador podrán arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido sin desconocer la garantía de inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Constitución Nacional.

1.2.4. Teoría de la igualdad ante las cargas públicas

El deber de compensar a la víctima surge de la necesidad de restituir la igualdad o, en otras palabras, de la imposibilidad de exigir un sacrificio especial sin reparación alguna.

Se trata de un factor de atribución de responsabilidad muy apropiado para los casos de responsabilidad estatal lícita. Así, en Italia, a mediados del siglo pasado, el fundamento del sacrificio especial desequilibrante de la igualdad tuvo un interesante desarrollo doctrinario bajo las siguientes condiciones: (i) que se tratara de un verdadero «sacrificio» y no una

30 SPOTA, Alberto. «La responsabilidad aquiliana de la administración pública». En *La Ley*, 1938, Tomo XII, p. 122.

31 FIORINI, Bartolomé. «Manual de Derecho administrativo». En *La Ley*. Tomo II. Buenos Aires: 1968, p. 1115.

32 CIDH, «Caso Bronstein c/ Gobierno de Perú» del 6 de febrero de 2001. En *La Ley Suplemento de Derecho Constitucional* del 3 de septiembre de 2001.

simple restricción o limitación del derecho del interesado; (ii) que se afectara un derecho y no un interés; y (iii) que la conducta de la cual se deriva el sacrificio fuese legítima, es decir, que la actividad dañosa no proviniese de la violación a la ley, ni de la culpa ni del dolo del agente³³.

También en Argentina ha adquirido gran desarrollo la idea-fuerza de que el Estado debe indemnizar no solo los daños causados por acciones u omisiones ilícitas, sino también aquellos ocasionados por su conducta legítima. Se trata de situaciones donde se infringe un daño a una persona para evitar un mal mayor³⁴, se cambian las reglas de la economía debido a coyunturas desfavorables³⁵, o se revocan actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia³⁶. En estos casos, no es posible imputar dolo o negligencia del agente ni de falta de servicio, y la obligación de reparar el daño se apoya en el principio de igualdad frente a las cargas públicas del artículo 16 de la Constitución Nacional³⁷, ya que, si bien se considera legítimo que en defensa del interés general se afecte la propiedad privada, se reputa injusto que una persona o un grupo acotado de personas sacrifiquen su patrimonio en provecho colectivo sin una justa indemnización.

FUNDAMENTOS
JURÍDICOS DE LA
RESPONSABILIDAD
EXTRA-
CONTRACTUAL
DEL ESTADO EN EL
DERECHO
ARGENTINO

LEGAL BASIS OF
PUBLIC NON
CONTRACTUAL
LIABILITY ON
ARGENTINEAN LAW

1.2.5. Teoría de la expropiación

El derecho de propiedad, al igual que cualquier otro, posee carácter relativo y cede frente a razones de interés general. El artículo 17 de la Constitución Nacional establece que «la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada».

Se consagra, así, una regla general que bien puede constituirse en el soporte de toda obligación estatal de indemnizar, ya que, por definición, los agentes causantes del daño actúan en beneficio del bien común, circunstancia que justifica el sacrificio del propietario al reemplazar su derecho afectado por una compensación pecuniaria.

33 ALESSI, Renato. *Principi della responsabilità civile nella pubblica amministrazione*. Bologna: Zanichelli, 1956, p. 33.

34 Es el caso de las inundaciones provocadas por el desborde de ríos caudalosos, donde las autoridades hidráulicas conducen las aguas hacia campos fértiles para evitar la inundación de ciudades (CSJN, «Jucalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires», del 23 de noviembre de 1989 (fallos t. 312 p. 2266).

35 Como cuando se prohíben importaciones hasta entonces autorizadas, perjudicándose a quienes tenían contratadas las compraventas internacionales (CSJN, «Cantón, Mario E. c/ Gobierno Nacional», del 15 de mayo de 1979 (fallos t. 301 p. 403).

36 El artículo 18 del decreto de ley 19.549/72 de procedimiento administrativo nacional dispone que el acto administrativo regular «podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados». En este último supuesto, claro está, el fundamento de la obligación de indemnizar será la regla positiva parcialmente transcrita en la nota 11, pero es deber del jurista indagar sobre la *ratio legis* que informa la norma.

37 Constitución Nacional, artículo 16, parte final: «La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas».

1.2.6. Teoría del aseguramiento general

El patrimonio del Estado se forma, claro está, con las contribuciones de sus habitantes —impuestos, tasas, derechos, multas, precio de los servicios públicos, donaciones—. Esa riqueza, acumulada en el tesoro público, debe servir para indemnizar los perjuicios que irroga la vida en sociedad y que son ocasionados por el Estado como gestor del interés colectivo.

Esta teoría explica el origen de los fondos de los cuales se extrae la indemnización, pero no justifica el derecho de la víctima para hacerse acreedora a la misma.

II. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Luego de rechazar numerosas demandas por indemnización de daños causados por agentes estatales —y todavía vigente el citado artículo 43 del Código Civil que impedía responsabilizar a las personas jurídicas por los hechos de sus dependientes—, la corte, sin explicar las razones del cambio de criterio, sorteó ese valladar con un sencillo método: ignorarlo.

El análisis histórico de la jurisprudencia del Superior Tribunal Federal coincide con la descripción de la evolución en materia de fundamentos de la responsabilidad estatal, ya que, como veremos a continuación, la corte comenzó considerando como factor de atribución el vínculo de empleo, para sumar luego el anclaje proporcionado por la doctrina de la falta de servicio junto a la teoría del órgano y, en algunos casos, de daños causados por actividad legítima.

Los casos de singular trascendencia fallados por el Alto Tribunal Federal son muy numerosos, y de ahí que hayamos realizado una selección acotada y discrecional, tendiente, apenas, a ejemplificar sus diversas tendencias jurisprudenciales.

II.1. Responsabilidad por los hechos de los dependientes (indirecta y subjetiva)

Esta tesis indica que toda vez que los empleados públicos son «dependientes» del Estado, este deviene responsable por dos razones: (i) porque el agente actúa valiéndose de los medios que le proporciona su empleador, y (ii) porque el fisco deber ser cuidadoso y diligente en la elección de su personal³⁸. Esta es la solución del artículo 1113 del Código Civil Argentino. Se trata de una responsabilidad indirecta o refleja, consecuencia del accionar de terceros, ya que la comisión de un hecho

38 BULLRICH, Rodolfo. Ob.cit., p. 166.

ilícito será siempre una conducta que excede el mandato recibido por las autoridades cuya obligación de respetar la ley es todavía más intensa que la que recae sobre un ciudadano común.

Se trata, asimismo, de una responsabilidad de tipo subjetivo, ya que requiere que el agente haya actuado con dolo o culpa.

II.1.1. S. A. Tomás Devoto y Cía. c/ Gobierno Nacional
(22 de septiembre de 1933, fallos t. 169 p. 111)

Se trata del caso líder fundamental en la materia. Un grupo de operarios del telégrafo nacional incendió accidentalmente un establecimiento de campo que era arrendado por la sociedad actora. La demanda fue rechazada en primera instancia y acogida por la cámara de apelación. La Corte Nacional confirmó esta última decisión, considerando —al igual que la cámara federal preopinante— que el siniestro había sido provocado por culpa o negligencia de los empleados estatales, de lo que resultó de aplicación lo establecido en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil³⁹.

De esta manera, la corte condenó al Estado Nacional a indemnizar los perjuicios causados por la conducta negligente de sus dependientes, y consagró su responsabilidad como indirecta o refleja, con sustento en disposiciones del Código Civil, y pasó por alto —sin siquiera mencionarlo— el obstáculo que significaba el antes recordado artículo 43.

II.1.2. Seru, Liliana c/ Prov. de Buenos Aires
(28 de julio de 1978, fallos t. 300 p. 867)

Un agente de la policía provincial fue encontrado culpable de homicidio culposo y cometido en acto de servicio.

La corte resolvió que esa circunstancia «compromete la responsabilidad indirecta del Estado provincial por el daño causado por quien se encontraba bajo su dependencia», según el artículo 1113 del Código Civil.

II.2. Responsabilidad por el ejercicio irregular de funciones públicas o «falta de servicio» (directa y objetiva)

Este factor de atribución de la responsabilidad de la persona jurídica pública se sostiene en la idea de que las funciones del Estado, sean administrativas o de otra índole⁴⁰, deben desarrollarse en debida forma. Cuando ello, no sucede —independientemente de que el agente haya actuado

FUNDAMENTOS
JURÍDICOS DE LA
RESPONSABILIDAD
EXTRA-
CONTRACTUAL
DEL ESTADO EN EL
DERECHO
ARGENTINO

LEGAL BASIS OF
PUBLIC NON
CONTRACTUAL
LIABILITY ON
ARGENTINEAN LAW

39 C.C. artículo 1109: «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio»; y C.C. artículo 1113: «La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado».

40 La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo también mención a la «deficiente prestación del servicio de justicia» en casos de demoras en investigaciones penales que prolongaron detenciones preventivas («Arisnabarreta c/ Estado Nacional», 6 de octubre de 2009).

o no con dolo o culpa— el fisco debe asumir los costos. La responsabilidad es directa porque la mala praxis se imputa al Estado que faltó a su deber de eficiencia según la actuación de sus órganos, sin que interese examinar el desempeño personal del agente.

La clásica «teoría del órgano» atribuida a Gierke explica que la voluntad de las personas físicas que se desempeñan dentro de la organización estatal debe imputarse a la persona jurídica pública, porque forma parte de ella e integra su estructura⁴¹.

El artículo 1112 del Código Civil constituye una regla de Derecho público y fundamenta adecuadamente la responsabilidad estatal sin que resulte menester acudir al sistema de responsabilidad indirecta por el hecho del dependiente del artículo 1113⁴².

Se trata, además, una responsabilidad objetiva, ya que resulta indiferente establecer si existió negligencia o intencionalidad dañosa por parte del empleado a cargo de la prestación insatisfecha.

II.2.1. Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires (3 de octubre de 1938, fallos t. 182 p. 5)

Resulta interesante señalar que, en materia de errores registrales —lamentablemente, de inusitada frecuencia en la Argentina—, a principios del siglo pasado la Corte Nacional declaraba la improcedencia de responsabilizar al fisco «porque las personas jurídicas que obran por medio de sus mandatarios, no responden de los actos de éstos, estando fuera de los límites de su mandato, en el que no está comprendida la facultad de delinquir»⁴³.

El Alto Tribunal abandonó esa doctrina en el caso «Ferrocarril Oeste» cuando tuvo por probado que el propietario de un terreno lo vendió en dos oportunidades, debido al otorgamiento de un certificado de dominio erróneo por parte del registro provincial de la propiedad inmueble. El actor, segundo adquirente, resultó vencido en el juicio de reivindicación promovido por el primer comprador y demandó a la Provincia de Buenos Aires la indemnización de los perjuicios sufridos.

Al hacer lugar a la demanda, la corte comenzó descartando la invocación que hizo la demandada del artículo 43 del Código Civil, y resolvió

41 MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1977, pp. 518-724.

42 CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Novena edición. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 487.

43 Caso «Cardoso, Bartolomé c/ Provincia de Buenos Aires» del 1 de septiembre de 1916, citado en la obra: BULLRICH, Rodolfo. Ob.cit., p. 204. Anticipando con justeza el giro que produciría la corte en 1938 al fallar en «Ferrocarril Oeste», este autor pionero sostuvo: «Este fallo es de una gravedad extraordinaria; reconoce a las provincias, al Estado, la facultad de imponer normas administrativas cuyo cumplimiento exige a los interesados desembolsos pecuniarios y no admite la responsabilidad del Estado por el incumplimiento en que pueda incurrir en la aplicación de esas normas» (p. 205).

que el registro causante del daño no obró como sujeto del Derecho privado —en cuyo caso sería de aplicación la regla que exoneraba de responsabilidad a las personas jurídicas—, sino como una persona regida por el Derecho público. De esta manera, el Superior Tribunal dejó definitivamente excluida la aplicación de una disposición que, como antes recordáramos, había invocado para apuntalar la irresponsabilidad estatal hasta el año 1933.

Acto seguido, la corte señaló que el informe de dominio hizo incurrir al accionante en el error de adquirir la propiedad de quien ya no era dueño, y agregó que la obligación de muñirse del certificado que expide el registro oficial presupone el deber de prestar un servicio regular que responda a las garantías que se ha querido asegurar, en el cual es la provincia la responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución. «Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución», señala.

II.2.2. Vadell, Jorge F. c/ Provincia de Buenos Aires

(18 de diciembre de 1984, Fallos t. 306 p. 2030)

Al igual que en el caso «Ferrocaril Oeste», se trata de un episodio de error registral que hizo que el comprador de un terreno debiera reconocer el mejor derecho de un tercero debido a la doble enajenación que efectuó el anterior titular.

La particularidad de este caso estriba en que la corte —además de señalar como factor de atribución la falta de servicio— expresamente consideró innecesario recurrir al artículo 1113 del Código Civil, que, como antes vimos, establece la responsabilidad por la conducta del dependiente, e invocó como fundamento de Derecho positivo el artículo 1112, que hasta entonces había sido interpretado como uno que alude a la responsabilidad personal de los agentes estatales, y que reza: «Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este título»⁴⁴.

La corte señaló expresamente que, en el caso, la responsabilidad del Estado era «directa» y fundada en la «idea objetiva de la falta de servicio».

Cabe, pues, concluir que en materia de errores registrales no solo no corresponde probar el dolo o la culpa del empleado interviniente, sino

44 El título referido es el número IX, rotulado «De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos», perteneciente al libro II: «De los derechos personales en las relaciones civiles», sección segunda: «De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones».

que hasta puede ignorarse su propia identidad. La sola existencia del informe o certificado equivocado, y su nexo causal con el perjuicio ocasionado, provoca la obligación de repararlo. En cierta manera, la propia existencia del error registral, es decir, el cumplimiento de la tarea del empleado «de manera irregular» —como indica el transcripto artículo 1112— deja presumido —sin admitir prueba en contrario— la existencia de negligencia por parte del agente cuyas consecuencias, por tratarse de un órgano oficial, se atribuyen directamente al Estado.

II.2.3. Tarnopolsky, Daniel c/ Estado Nacional

(31 de agosto de 1999, fallos t. 322 p. 1888)

Los padres y dos hermanos del actor fueron secuestrados y definitivamente desaparecidos por la dictadura militar que usurpó el poder en Argentina entre 1976 y 1983.

La corte entendió que la privación ilegítima de la libertad y posterior desaparición de las víctimas configuraba una actuación irregular de los órganos estatales, debido a la conducta ilícita de las autoridades de facto.

II.2.4. Izaurralde, Roque R. c/ Provincia de Buenos Aires

(31 de agosto de 1999, fallos t. 322 p. 2002)

El accionante fue salvajemente golpeado con su arma por un agente de la policía provincial que se encontraba franco de servicio, y sufrió una incapacidad total y permanente.

La condena a la Provincia de Buenos Aires tuvo por fundamento la irregular actuación del agente de seguridad. Se reiteró que quien contrae la obligación de prestar un servicio debe hacerlo en condiciones adecuadas a su fin y, en caso contrario, es responsable de los daños que ocasione su incumplimiento. El ejercicio del poder de policía de seguridad obliga al Estado a hacer que sus agentes posean una adecuada preparación técnica y psíquica, sin que sea suficiente para excluir esa responsabilidad el hecho de que el agresor estuviera franco, ya que la conducta dañosa fue una derivación de las exigencias propias del cargo y el arma empleada fue provista por la repartición estatal.

II.2.5. Bea, Héctor y otro c/ Estado Nacional

(31 de agosto de 2010, jurisprudencia argentina, 2011-I-323)⁴⁵

Un menor se ahogó en un lago que formaba parte de la infraestructura de un establecimiento turístico estatal que recibía alumnos de escuelas públicas de nivel primario. El lugar era de fácil acceso desde los hoteles

⁴⁵ Esta sentencia fue anotada por Juan Carlos Cassagne en su obra *La consolidación de la concepción objetiva de la falta de servicio en la responsabilidad extracontractual del Estado* (J.A. 2011-I-330), donde se destacó el papel de los factores de atribución en la materia y otros aspectos. La sentencia también fue publicada en *La Ley* 2010-E-405, con notas de Félix A. Trigo Represas.

del complejo, pero no se había informado sobre la profundidad del lago ni existía vigilancia alguna cerca a él.

La corte reprodujo lo dicho en «Ferrocarril Oeste» sobre la necesidad de que los servicios se presten en condiciones adecuadas y sostuvo que:

[...] esta idea objetiva de la falta de servicio (por acción o por omisión) encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112, C. Civ. y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 C. Civ. En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizadas para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de este, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas⁴⁶.

FUNDAMENTOS
JURÍDICOS DE LA
RESPONSABILIDAD
EXTRA-
CONTRACTUAL
DEL ESTADO EN EL
DERECHO
ARGENTINO

LEGAL BASIS OF
PUBLIC NON
CONTRACTUAL
LIABILITY ON
ARGENTINEAN LAW

II.3. Responsabilidad por aplicación de los principios de la expropiación

Marienhoff considera que el fundamento de la responsabilidad estatal no es otro que la vigencia de un Estado de Derecho abastecido por numerosos principios, entre los que pueden mencionarse el derecho a la vida, el respeto por los derechos adquiridos en propiedad, la igualdad ante las cargas públicas, el afianzamiento de la justicia y las reglas específicas sobre expropiación⁴⁷.

Con igual enfoque, el Superior Tribunal Federal entendió que la ley de expropiaciones (decreto de ley 21.499/77) resulta de aplicación en aquellos casos en que el Estado —sin que medie ley declarativa de utilidad pública—, en ejercicio regular de sus funciones —es decir, de manera lícita—, lesiona derechos de los administrados y les causa perjuicios que no están obligados a soportar.

II.3.1. Cantón, Mario c/ Gobierno Nacional

(15 de mayo de 1979 fallos t. 301, p. 403)

El gobierno prohibió la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional, con lo que afectó un contrato de crédito documentado concluido y pagado con anterioridad.

46 Esta fórmula fue empleada por la corte en numerosos fallos. Ver, por ejemplo, «Hotelera Río de La Plata c/ Prov. de Buenos Aires», del 4 de junio de 1985. En *La Ley* 1986-B-108; «Gatica c/ Prov. de Buenos Aires», del 22 de diciembre de 2009. En *La Ley* 2010-B-327.

47 MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho administrativo*. Cuarta edición. Tomo IV. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987, pp. 707 y siguientes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó que, en tales condiciones, resultaba afectado el derecho de propiedad del accionante amparado por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional. Debido a ello:

[...] la reparación debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo de responder establecido en instituciones análogas, debiendo aceptarse en la especie que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege. De ahí que sus normas resulten viables para determinar el perjuicio sufrido por la demandante, no siendo procedente las propias del derecho común relativas a la responsabilidad civil.

Conforme las reglas de la materia expropiatoria la indemnización, se limitó al daño emergente y se excluyó la compensación del lucro cesante.

II.3.2. Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (9 de mayo de 1989)

La comuna demandada revocó la autorización para construir y poner en explotación una estación de servicio debido a un cambio en la normativa urbanística que prohibía este tipo de establecimiento riesgoso en la zona en cuestión.

Al condenar a la municipalidad, la corte sostuvo que, ante la ausencia de una norma que expresamente regule la responsabilidad del Estado, resultaba aplicable la ley de expropiación forzosa. Con esto se forzaba a que la compensación se limitase al daño emergente, ya que, en esta materia, quedaría excluido el pago de lucro cesante.

III. CONCLUSIONES

La reseña doctrinaria y jurisprudencial sobre los fundamentos de la responsabilidad del Estado en Argentina permite arribar a las siguientes conclusiones:

- La responsabilidad del Estado posee un soporte propio del Derecho público, más allá de que se hayan expuesto fundamentos de variada índole que, en algunos casos, se superponen. Así, por ejemplo, cuando se condena a indemnizar por mal funcionamiento de los servicios públicos es evidente que dicho defecto obedece a que, en el caso concreto, algún funcionario, agente o empleado actuó con dolo o culpa. Sin embargo, la teoría del órgano permite diferenciar no solo la responsabilidad del Estado y la responsabilidad personal del empleado, sino también la responsabilidad estatal de la conducta de las personas

jurídicas de Derecho privado, al aportar como fundamento jurídico-positivo la regla del artículo 1112 del Código Civil. La constante y casi absoluta imposibilidad de identificar al empleado efectivamente causante del daño hace que la doctrina de la falta de servicio, apoyada en la teoría del órgano —generadora de responsabilidad estatal directa y objetiva— se muestre como el factor de atribución más justo y eficaz.

- Cuando se reconoce la responsabilidad del Estado a pesar de que el servicio se ha prestado de manera inmaculada, es decir, cuando existe un accionar legítimo, pero se presenta un perjuicio al cual la víctima no está obligado a soportar, el deber de compensación se apoya tanto en la defensa de la propiedad como en la igualdad ante las cargas públicas y en los principios derivados del instituto expropiatorio.
- Coincidimos con Sáenz cuando destaca que la temática de las teorías sobre los cimientos de la responsabilidad estatal se ha vuelto algo anacrónica, ya que ningún fundamento por sí solo comprende a todos los tipos de responsabilidad, ni, mucho menos, a todos los supuestos que suelen presentarse en la realidad⁴⁸.
- En todo caso, si se considerara preciso hallar un factor de atribución común a ambas especies de responsabilidad —por actividad lícita e ilícita—, como lo postulara Marienhoff, bien puede apelarse al imperio del Estado de Derecho que incluye a todas las demás teorías antes señaladas⁴⁹. En definitiva, si se mira bien, el Estado de Derecho es un «Estado de deberes» por parte de sus autoridades hacia la comunidad. A su vez, un deber esencial es no dañar, y, si se daña, pagar una indemnización que restituya el patrimonio afectado a su situación precedente.
- Lo importante es que, sobre la base de la evolución de las ideas, y partiendo de principios constitucionales y de la regla del citado artículo 1112, en la Argentina se ha reemplazado al dogma de la irresponsabilidad por el principio opuesto de la plena responsabilidad del Estado.
- Desde luego que el desarrollo de los factores de atribución de la responsabilidad estatal no basta para afirmar que vivimos

48 SÁENZ, Juan Ignacio. «Bases del régimen de responsabilidad del Estado en la Argentina: teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia». En Pedro Aberasturi (Director). *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2007, p. 71. En opinión que compartimos, este autor, señala que la jurisprudencia de la Corte Nacional puede sistematizarse en dos factores de atribución: actividad ilícita por falta de servicio y accionar lícito que ocasiona un sacrificio patrimonial especial.

49 La Cámara Nacional Civil, sala III, manifestó que, dentro del ámbito del Derecho público, el principio de la responsabilidad resarcitoria del Estado «fluye por la existencia misma del Estado de Derecho» («Muz c/ Banco Hipotecario Nacional», del 29 de noviembre de 1984, Jurisprudencia Argentina, 1985-II-255).

en un Estado de Derecho. Resta todavía lograr que las sentencias de condena se hagan efectivas —de ser posible, en tiempo razonable—, de manera que se termine con la situación de emergencia permanente y la secuela interminable de leyes de consolidación de deudas públicas, verdaderas automoratorias estatales que dificultan —de manera inimaginable y desalentadora— el cobro al Poder Ejecutivo de las indemnizaciones fijadas por los jueces.

- Se trata de una asignatura todavía pendiente, cuya mera descripción excedería en mucho el espacio del que disponemos y también el propósito de este estudio.

Recibido: 18-07-2011
Aprobado: 15-08-2011